

SUBJETIVISMO Y OBJETIVISMO EN EL DERECHO PENAL

CARLOS S. NINO †*

I

- 1.- Peter y Sarah, desconociendo cada uno de ellos lo que el otro está haciendo, apuntan simultáneamente sus armas contra su enemigo común Claude. Peter falla el tiro, bien porque no es un experto en armas, bien porque una paloma se interpone en su camino. Sarah, sin embargo, da en el blanco y Claude muere como consecuencia del disparo. Si ambos tenían la misma intención, ¿deberían ser castigados los dos con la misma pena o debería serle impuesta una pena menor a Peter dado que falló en su intento de matar a Claude?
- 2.- Linda se quiere deshacer de su marido, Eric, y un hechicero le convence de que lo haga clavando alfileres en su retrato. ¿Debería ser castigada con la misma pena que Peter en el ejemplo anterior o incluso como Sarah, dado que intentó matar a alguien?
- 3.- En el mismo contexto, si Eric, que es igual de supersticioso que su mujer, muriera de un ataque al corazón al descubrir las actividades de brujería que contra él estaba llevando a cabo aquélla ¿Linda debería ser castigada con la misma pena que Peter y Sarah, o debería ser absuelta dado que su tentativa no sería en ningún caso suficiente para consumir la acción?
- 4.- Robert dispara contra Richard, su enemigo. Pensando que ha acabado con su vida, quema lo que él cree que es el cadáver de Richard, matán-

*. Carlos S. Nino fue profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Yale. Falleció en 1993. El texto que publicamos es una conferencia que el profesor Nino presentó en Oxford en 1992. Agradecemos a su familia el permiso para su publicación en nuestra revista. La traducción del inglés ha sido realizada por Susana SÁNCHEZ FERRO (Universidad Autónoma de Madrid). Se han respetado las notas a pie de página tal y como las escribió su autor.

dole realmente por asfixia. ¿Debería ser castigado por un asesinato consumado o en menor grado por un homicidio consumado en concurso con un asesinato en grado de tentativa?

- 5.- Mary esconde su ordenador, comprado en Taiwan, para poder introducirlo de contrabando en Argentina. La operación es detectada en la aduana, pero sale a la luz que en Argentina había sido promulgada una nueva ley que permitía introducir ordenadores en el país sin tener que pagar aranceles aduaneros, aunque ni el oficial de aduanas ni Mary lo sabían. ¿Debería Mary a pesar de todo ser sancionada penalmente por haber intentado transgredir las normas y desafiar el orden social?
- 6.- Irwin tira una piedra contra la ventana de Susan porque la odia. Sin que él lo sepa su acción tiene el efecto contrario: el pequeño Jim, el bebé de Susan, que debido a una fuga de gas estaba a punto de morir asfixiado dentro de su habitación cerrada, salva su vida gracias a la ventana rota por Irwin. ¿Debería Irwin ser absuelto del delito de daños por considerarse que concurrió la causa de justificación de estado de necesidad o debería penársele de acuerdo con el daño que quiso causar?

Todo este tipo de cuestiones plantean grandes problemas en relación con los fundamentos de la responsabilidad criminal. Tanto en el sistema legal de tradición anglo-americana, como en el sistema legal continental-europeo se han producido grandes controversias al abordar cómo tratar casos como los anteriormente mencionados. En mi opinión, a pesar de que encontramos variaciones en las soluciones que se han venido ofreciendo a estos problemas, cabría distinguir dos modelos fundamentales a la hora de solucionarlos. Según un primer modelo, Peter debería ser castigado con la misma pena que Sarah porque los dos tienen la misma intención; Linda debería ser castigada penalmente tanto si Eric tiene el ataque al corazón como si no lo tiene; Robert debería ser castigado por un asesinato consumado; Mary probablemente debería ser castigada por un delito de contrabando; e Irwin debería responder por los daños, a pesar de que la fortuna y la casualidad condujeran a la salvación del niño. Para fundamentar sus soluciones estas teorías recurren a las intenciones o a algún otro aspecto subjetivo presente en los sujetos activos: sus seguidores alegan que lo que Peter y Sarah intentaron fue lo mismo y que la maldad es similar por lo que merecen la misma pena. En el caso de Robert, éste consiguió su propósito, no importa por qué camino lograra el resultado esperado. Lo mismo ocurriría con Linda, independientemente de si Eric muere o no muere. Mary quería infringir el sistema legal y su intención es la misma tanto si final-

mente infringió la ley como si no. En cuanto a Irwin, éste quería, tenía la intención de causar un daño, aunque realmente acabara haciendo más bien que mal. Siguiendo la tradición llamaré a este enfoque, enfoque “*subjetivo*”.

El enfoque “*objetivo*” en principio asumirá posiciones contrarias. Según este segundo punto de vista, Peter debería ser penado en menor medida que Sarah o, puesto que no causó ningún daño a Claude, debería incluso ser absuelto. Linda debería ser absuelta en el primer caso, ya que no sólo no causó ningún daño a Eric sino que además no creó ningún peligro de que se produjera tal daño. En el segundo caso, el enfoque objetivo sostendría posiblemente que tampoco habría que penar a Linda por la muerte de Eric, puesto que el daño que éste sufrió fue el resultado de la mera casualidad, por mucho que coincidiera con la intención de Linda. De la misma forma, dado que Robert mató a Richard por un procedimiento diferente al que pretendía, debería ser penado como máximo por una tentativa de asesinato en concurso con un homicidio consumado. Mary no debería ser penada, ya que no cometió ninguna infracción definida como tal por el sistema legal en vigor y se encontraría protegida por el principio de legalidad. En el mismo sentido, Irwin, por mucho que su intención fuese malvada, no debería ser castigado penalmente, puesto que evitó un mal mayor del que causó y el sistema legal lo promueve y lo recoge como estado de necesidad.

Conviene señalar que la razón por la cual la primera aproximación al problema es denominada “*subjetiva*” y la segunda “*objetiva*” es menos clara de lo que a primera vista pudiera parecer. El primer enfoque exige la concurrencia de condiciones no psicológicas -movimientos corporales o su ausencia, daños o el peligro de que se produzcan tales daños- para establecer la responsabilidad, mientras que el segundo la establece en base a condiciones que dependen de estados mentales, tales como la intención o la negligencia. En realidad, cabría sostener que subrepticamente la última de las aproximaciones hace mayor hincapié que la primera de ellas en la intención y motivos del sujeto, puesto que no castiga a Linda y a Robert por los asesinatos de Eric y Richard respectivamente, ya que la forma en que éstos murieron no coincidió con la que ellos habían previsto. Pero será mejor atenerse a la forma tradicional de nombrar estas posiciones, designación que quizás podrá ser reconsiderada más adelante, una vez establecida cual sea la *ratio* de ambos puntos de vista sobre la responsabilidad criminal.

Ambos enfoques parecen tener sus puntos fuertes y sus puntos débiles. El enfoque subjetivo hace depender el castigo penal de lo que el individuo es capaz de controlar y, por ello, ajusta mejor el castigo al merecimiento, sin

tomar en cuenta los peligros que se van creando en los procesos causales a raíz de lo que la gente pretende realizar. Pero, por otro lado, este enfoque supone una injerencia demasiado grande en el terreno de la mente humana y confía en demasía en hechos de carácter elusivo tales como la actitud interna del sujeto. La visión objetiva parece dibujar una línea más clara entre la culpa moral y el campo en el que opera el Derecho, permitiendo únicamente el castigo penal por los daños y perjuicios a los que se han visto sometidos terceras personas. Sin embargo, esta postura parece que abre paso a un tratamiento diferenciado basado únicamente en factores accidentales y arbitrarios, extremadamente inciertos para distinguir casos que podrían ser claramente delimitados recurriendo a la subjetividad de los sujetos activos. Incluso más, cabría añadir que también se nos antoja inconsistente cuando otorga cierta relevancia a actitudes subjetivas para determinar y graduar la pena: ¿por qué, por ejemplo, la intención del sujeto debe ser relevante para distinguir el homicidio doloso del homicidio imprudente y no para asimilar la tentativa con el delito consumado?

Cuando reflexionamos sobre los atractivos y los problemas de una y otra postura nos preguntamos si es posible crear una teoría que acoja las ventajas de la una y de la otra sin sus respectivos handicaps. Si este intento fallara, uno espera al menos poder explicar de forma *consistente* bien una, bien la otra posición tal y como se nos presentan habitualmente, y no verse obligado, en el nombre de la coherencia, a caer en el abismo del subjetivismo en estado *puro* o del objetivismo en estado *puro*. Pues si en el primer caso deberíamos admitir cosas tan repugnantes como castigar a la gente por meros pensamientos, en el segundo caso nos veríamos obligados a aceptar cosas igualmente repugnantes: así por ejemplo, la paridad en el castigo del homicidio doloso, el homicidio imprudente o incluso la muerte accidental. George Fletcher¹ parece ofrecernos otra posibilidad: aceptar diferentes modelos de responsabilidad criminal para los distintos grupos de crímenes según encajen mejor con uno u otro modelo (Fletcher presenta tres modelos de responsabilidad: el modelo subjetivo, el modelo basado en el acto, y un tercer modelo basado en el perjuicio causado). Pero la tendencia hacia la uniformidad es fuerte, y podría justificarse si se logra demostrar la validez de alguno de estos enfoques a costa del otro.

II

¿Qué punto de partida condujo a los estudiosos tanto de la tradición anglo-americana como de la continental-europea a adoptar uno u otro enfo-

¹. Vid. FLETCHER, George: *Rethinking the Criminal Law*, Boston, 1978, pp.232 y 235.

que? La respuesta a esta pregunta no es pacífica. Existen dos respuestas que me parecen rechazables, y otra que merece mi apoyo y que desarrollaré para así mostrar cuáles son las consecuencias de ambos enfoques y cuál de ellos resultaría aceptable partiendo de ciertos presupuestos político-filosóficos.

La primera hipótesis sobre el origen de la divergencia de aproximaciones se centra en el concepto de *acción humana*. La idea es que el Derecho Penal parte de la evaluación de la susodicha acción humana y se ve condicionado por la “estructura ontológica” de dicho concepto. El teórico de la Ciencia Penal Hans Welzel fundó lo que se conoce como la teoría “finalista” o “teleológica” de la acción humana. El punto de partida de su teoría lo constituye una visión esencialista de los conceptos según la cual éstos reflejan “estructuras lógico-objetivas” que existen en la realidad. Una de dichas estructuras es la de la acción humana y, así, no podría existir una acción sin una cierta finalidad, una determinada intención. De acuerdo con una de sus frases favoritas “...la finalidad es un actuar dirigido conscientemente por un objetivo, mientras que la mera causalidad no está dirigida por un objetivo, sino que es el resultado de la concurrencia casual de elementos causales. Gráficamente hablando, la finalidad es ‘vidente’, mientras que la causalidad es ‘ciega’ ”². Welzel ataca lo que él llama la “teoría causal de la acción”, defendida por teóricos clásicos como Beling o más tarde Mezger, por asimilar las acciones humanas a puros cursos causales: a pesar de admitir que cada acción implica un “acto de voluntad”, la teoría causal de la acción se ocupa de ello sólo como un factor causal que provoca el movimiento corporal y no indaga en el contenido del acto de voluntad, determinando, por ejemplo, cuál es la intención del sujeto, a efectos de identificar la acción que el sujeto cometió y evaluarla [para la visión clásica de esta teoría, indagar el contenido de la intención sólo sería necesario para fijar la culpabilidad del sujeto activo -la *mens rea* en terminología anglo-americana- y no para establecer la lógicamente previa antijuricidad y la “tipicidad” (“Tatbestandlichkeit”, en la terminología alemana) -el *actus reus* en terminología anglo-americana]. Para Welzel, por el contrario, la estructura ontológica de la acción humana determinaría la necesidad de averiguar el contenido de la intención del sujeto activo para establecer, en primer lugar, si cometió o no un acto, en segundo lugar, qué acción u omisión cometió y, por tanto, si estaríamos ante una acción u omisión tipificada por el Derecho Penal vigente y, finalmente, si la acción es antijurídica y no concurre ninguna de las causas de justificación recogidas en las normas penales tales como la defensa propia, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, etcétera.

² Vid. WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*, traducido por C. Fontan Balestra, Buenos Aires, 1956, p.39.

Esta visión de las acciones humanas condujo a Welzel a la conclusión de que el examen que el Derecho hace de las mismas -el juicio de antijuricidad (como distinto del juicio de culpabilidad que evalúa la responsabilidad personal del individuo en el resultado antijurídico)- depende necesariamente de la intención del sujeto. Welzel expresó esta idea con el eslogan de que la antijuricidad estaba constituida no sólo por el "desvalor" de resultado sino también y, fundamentalmente, por el "desvalor" de la acción misma. En palabras del propio Welzel *"El desvalor de la acción personal equivale al desvalor general de todos los delitos recogidos por el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico que ha sido dañado o puesto en peligro) carece de independencia en numerosos delitos (delitos de resultado o de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en un caso concreto sin que por ello desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo en la tentativa inidónea"*. Esta posición relativa a la preponderancia de la intencionalidad del sujeto a la hora de determinar la antijuricidad de la acción llevó a Welzel a sostener que no caben causas de justificación cuando falta la actitud subjetiva adecuada (como en el caso de Irwin), o que las tentativas inidóneas deberían ser penadas en igual medida que las idóneas. Sin embargo, al concebir el "desvalor" de resultado como relevante también para la antijuricidad del delito, no llega a suscribir todas las implicaciones que conlleva el subjetivismo y, como veremos inmediatamente, es criticado por ello por los subjetivistas modernos. Welzel no admite, por ejemplo, que una tentativa sea en igual grado antijurídica y, por ello, sea castigada en el mismo grado que el delito consumado.

Hace mucho tiempo³, critiqué esta teoría final de la acción ("Finalität" en alemán). En resumen, mis críticas eran las siguientes: esta concepción se derrumba tan pronto como uno rechaza la concepción esencialista de los conceptos en que se basa y admite que podría haber diferentes nociones convencionales de acción según que propósitos. En segundo lugar, parece irrazonable requerir la determinación del contenido de la intención del sujeto para decidir si el sujeto cometió una acción a los efectos de satisfacer la primera de las condiciones para la criminalización. Sería suficiente para cumplir este primer paso conocer que el sujeto actuó con *alguna* intención (lo que a veces se considera como "voluntariedad") y produjo los movimientos corporales relevantes o la falta de los mismos. En tercer lugar, aunque es cierto que el contenido de la intención es relevante en ocasiones para clasificar la acción en alguna de las

³. En mi tesis doctoral realizada en la universidad de Oxford, publicada en español con traducción de R. Navarro bajo el título *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980. Desarrollé estas ideas posteriormente en la *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, 1987.

descripciones penales o tipos, sólo algunos de ellos requieren una intención definida; otros, como el homicidio, excluyen la presencia de una intención determinada, y algunos se muestran indiferentes en lo que concierne a si el sujeto buscaba o no el resultado que es relevante en la descripción del tipo. Finalmente, y más importante en relación con lo que nos preocupa, incluso cuando la descripción típica descansa en una determinada intención del sujeto, de ello no se sigue que dicha intención sea decisiva para la antijuricidad de la acción y, por tanto, para establecer la razón por la cual dicha acción es penada. Puede darse el caso de que el legislador requiera una intención determinada para *identificar* cuales son las acciones que causan el perjuicio que la ley busca evitar por medio de la pena; de ahí no cabe deducir que la intención sea lo decisivo para justificar la punición de las acciones de que tratamos o para justificar ciertos grados de punición. Sobre todo, cabe destacar que la imperatividad del argumento en su conjunto no es algo obvio, pues no es tan claro que del hecho de que la estructura ontológica de las acciones obligue a evaluar la intención del sujeto como parte de la antijuricidad se derive que el castigo penal deba estar condicionado por dicha intención. Debería haberse aclarado algo más la noción de antijuricidad para inferir dicha conclusión.

Aparentemente esto lo consiguió una segunda vía de justificar el subjetivismo como punto de partida, dentro también de la escuela alemana de Derecho Penal. El discípulo de Welzel, Armin Kaufmann, y su propio discípulo, Diethart Zielinsky, se centraron no en el concepto de acción, sino en la noción de *antijuricidad* para cimentar el enfoque subjetivo. Kaufmann examina la teoría de las normas de Binding y distingue en el ámbito del Derecho Penal un encadenamiento de juicios de valor que presumiblemente debe realizar el legislador a la hora de tipificar un delito y el juez al subsumir el acto bajo la norma penal relevante: primero está el juicio de valor que evalúa algunos bienes -como la vida- como merecedores de protección; en base a ese juicio de valor se formula otro juicio de valor que evalúa positivamente los fenómenos que preservan dichos bienes y negativamente los que los ponen en peligro; se evalúan de forma negativa las acciones humanas que dañan o ponen en peligro los bienes y, finalmente, viene la norma o prescripción que ordena no llevar a cabo estas acciones. En opinión de Kaufmann esta última norma sólo puede referirse a la acción y no al resultado exterior, puesto que la acción es lo único que permanece bajo control del sujeto: la norma sólo opera a través de la subjetividad del individuo. No es necesario que el sujeto esté fácticamente motivado a actuar de conformidad con la norma -lo que requeriría integrar la culpabilidad con la antijuricidad- sino que basta con que sea capaz de actuar de conformidad con la misma. La consecuencia que Kaufmann deriva de todo

ello es que el juicio de valor relevante para fundar la norma o prescripción debe tener el mismo objeto que esta última, y que si ésta sólo puede referirse a acciones y a los estados subjetivos que las acompañan y no a resultados externos, la antijuricidad debe estar centrada fundamentalmente en acciones y sus intenciones. Así pues, por ejemplo no deberían existir diferencias entre la antijuricidad y la punibilidad de las tentativas y los delitos consumados. Zielinski manejando el mismo argumento va más allá, asumiendo hasta las últimas consecuencias la teoría subjetiva, algunas de cuyas consecuencias no fueron asumidas por su jefe; sirva como ejemplo una de sus típicas afirmaciones: *“El sistema legal no se ocupa sólo de evaluar, sino también de regular, esto es, busca influir en la formación y preservación de la coexistencia humana. Mas el sistema legal sólo puede acometer esta tarea tomando como referencia la actividad humana, que está orientada hacia fines. Es decir, debe dirigirse a la voluntad de los seres humanos y prescribirles, o bien ejecutar las acciones que valora para poder obtener los fines que el sistema legal valora (mandatos), o bien omitir las acciones indeseables para evitar resultados valorados negativamente por el sistema legal (prohibiciones)”*.

Es obvio que esta segunda forma de fundamentar la tesis subjetiva incurre en un *non sequitur*: del hecho de que la norma o prescripción a través de la cual el sistema legal desincentiva la comisión de delitos opere sobre las actitudes subjetivas de la gente no se sigue que los juicios de valor que fundamentan la antijuricidad de las acciones tengan que tener ese mismo contenido, contenido que se corresponde con el tercer escalón de enjuiciamiento en la secuencia de juicios de valor establecida por Kaufmann. ¿Por qué no podría corresponderse ese juicio de valor relevante para fundamentar la norma con el primer o el segundo paso en la secuencia de valoración de Kaufmann? La indeterminación existente entre las diferentes opciones refleja la oscuridad de la noción de antijuricidad y de su conexión con la pena, tal y como hemos podido observar con anterioridad. En cualquier caso, el funcionamiento de las prescripciones en Derecho Penal no ofrece una mayor justificación para elegir el juicio de valor subjetivo en vez de un juicio de valor objetivo con el fin de fundamentar la oscura noción de antijuricidad.

En Argentina, Marcelo Sancinetti⁴, defensor de una aproximación subjetiva radical, admite este hecho y rechaza tanto los argumentos que se fundan en el concepto de acción como aquéllos que se fundan en la noción de antijuricidad. Rechaza también que el punto de partida que conduce al enfoque subje-

⁴. SANCINETTI, Marcelo: *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991.

tivo o al objetivo dependa de la justificación que se le dé a la pena y de la correspondiente concepción que se tenga del Estado. En apoyo a su postura ofrece el ejemplo de dos teóricos, el español Santiago Mir Puig y yo mismo, que defienden básicamente la misma concepción de la pena y del Estado y que, sin embargo, llegan a soluciones radicalmente diferentes en lo que atañe a la importancia de los elementos subjetivos para el castigo penal. Su punto de vista es que el enfoque subjetivo encuentra un fundamento firme si aceptamos que la exigencia última para que el acto sea castigable penalmente es la culpa personal o reproche, y que dicho reproche depende exclusivamente de las actitudes subjetivas del sujeto, dado que el resto es producto de la mera casualidad. La ilicitud del acto debe fundarse también en esas actitudes subjetivas porque son el presupuesto de la culpa o reproche. En sus propias palabras: “Si sólo una decisión de la voluntad puede ser objeto de reproche, y, al mismo tiempo, sólo lo que es ilícito puede ser objeto de dicho reproche -esto es, la ilicitud es el presupuesto y el objeto de referencia de la culpabilidad-, entonces no puede haber nada que sea relevante para la ilicitud que no sea a su vez un “objeto” enteramente atribuible al sujeto: una decisión de la voluntad”⁵.

Pienso que de nuevo nos encontramos ante un *non-sequitur*: claro que el juicio de antijuricidad o la adscripción del *actus reus* en el contexto de la teoría de la responsabilidad criminal, e incluso de acuerdo con el sentido común que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la diferencia entre justificaciones y excusas y su jerarquía lógica, es un presupuesto del juicio de culpabilidad o de la atribución de *mens rea* (en la teoría del delito sólo los actos que son antijurídicos están sujetos al juicio de culpabilidad: si el acto está justificado, por ejemplo porque se realizó en legítima defensa, no tiene sentido preguntarse si el acto es culpable o excusable); pero de esto no se sigue que el juicio de antijuricidad se agote en su faceta de mero presupuesto lógico del juicio de culpabilidad y sólo pueda abarcar elementos que sean relevantes para este último enjuiciamiento. Por el contrario, parece *prima facie* que lo opuesto debe de ser verdad dado que de otra forma sería difícil distinguir ambos juicios. En cualquier caso es difícil avanzar en la adopción de una u otra posición sin dilucidar antes cual sea el significado, extensión, y por encima de todo, la función de ese famoso juicio de antijuricidad al que los penalistas continentales se refieren una y otra vez.

En lo que sigue mantendré, frente a Sancinetti, que toda la discusión relativa a la responsabilidad criminal entre el subjetivismo y el objetivismo

⁵. *Id. Ib.*, p.63.

depende de la teoría de la pena que se adopte⁶, que la referencia a la antijuricidad no es sino una manera un tanto indirecta de referirse al fin de la pena, y que la postura subjetiva radical es la consecuencia necesaria de adoptar una teoría retributiva de la pena. Más adelante sostendré que esta visión retributiva de la pena ofende algunos principios liberales fuertemente enraizados en relación con el papel que debe jugar el Estado. Finalmente intentaré esbozar una visión coherente y plausible del enfoque objetivo.

III

En otro lugar he mantenido que el sistema legal no se puede entender exclusivamente como un sistema de normas que prescriben penas cuando se producen determinadas condiciones, tal y como Kelsen defendía en su teoría de las normas primarias. Las dificultades que el propio Kelsen encontró a la hora de identificar los actos ilícitos y distinguirlos de otras condiciones de la punibilidad, llegando a ofrecer tres definiciones⁷ sucesivas para identificar dichos actos y distinguirlos de las otras condiciones que establecen las normas jurídicas sancionadoras muestra⁸ que es necesario examinar cuáles son las normas que valoran negativamente la condición de la pena que sirve para fundamentar el delito y no las otras condiciones de la misma pena. Estas normas son las que los penalistas continentales, empezando por Binding, identifican, tal y como acabamos de ver, como la base de la antijuricidad del acto delictivo.

Por lo general las normas de valoración negativa del acto delictivo no son emanadas explícitamente por el legislador. Estas normas cumplen normalmente las siguientes funciones: primero, en palabras de Fletcher, determinan “*el límite externo de la responsabilidad criminal*”: todo acto delictivo que sea subsumible en el tipo penal como condición necesaria de la pena debe, en primer lugar, vulnerar alguna de esas normas para ser punible, incluso cuando tal vulneración no sea suficiente para determinar la punibilidad (la conducta antijurídica debe también ser culpable o existir la correspondiente *mens rea*). En segundo lugar, estas normas proporcionan la base sobre la que operan las cau-

⁶. Su ejemplo relativo a dos teóricos que adoptan teorías de la pena y del Estado similares y diferentes puntos de vista sobre la relevancia de las actitudes subjetivas no es decisivo, como el mismo contempla: uno de nosotros podría haberse equivocado en las inferencias derivadas de dichas teorías, de hecho, ¡él me acusa a mi de cometer esa clase de error!

⁷. Vid. KELSEN, Hans: *Pure Théorie du Droit*, 2nd edition, Paris, 1961, pp.152 y ss.

⁸. Vid. un análisis y una crítica a la definición de actos ilícitos de Kelsen en mi libro, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980.

sas de justificación: las causas de justificación son excepciones a la valoración negativa de estas normas, invierten esa valoración negativa hacia una valoración positiva o neutral. En tercer lugar, estas normas, como ya se ha dicho, sirven para distinguir la conducta delictiva del resto de condiciones mencionadas en el antecedente de la norma que tipifica el delito y requeridas para que una pena determinada sea aplicable. Esto tiene consecuencias a la hora de establecer, por ejemplo, cuál sea el referente de la *mens rea* o dolo del sujeto activo (cuáles son los hechos que debe conocer) o cuál es la conducta que conduce a la complicidad cuando uno coopera en la comisión del delito. En cuarto lugar, estas normas sobre la antijuricidad son también las que deben ser tomadas en cuenta a la hora de fijar qué conductas deben ser impedidas para prevenir un delito.

Sugiero que la forma más plausible de reconstruir estas normas de antijuricidad es *establecer contra qué clase de actos reacciona la pena prescrita por las normas penales*. El desvalor atribuido por estas normas a ciertas clases de acciones depende de que la pena tenga una relación adecuada con ese tipo de acciones. Por supuesto, dicha relación la define la teoría que justifica la pena. En este punto no tiene gran importancia si la teoría relevante es positiva o normativa, es decir, si lo que debemos tomar en cuenta a la hora de identificar las normas relativas a la antijuricidad y por lo tanto a la conducta delictiva, son las teorías sobre la justificación de la pena sostenidas por los legisladores o por los jueces en una jurisdicción determinada, o la teoría de la pena que éstos y aquellos deberían sostener (pienso que esta última es la que deberíamos tomar en cuenta, pero por el momento ello no afecta a mi argumentación).

Según las diferentes teorías de la prevención de la pena, la relación relevante entre la pena y la clase de acciones frente a las cuales ésta reacciona es una relación de prevención, a través de mecanismos como el de la prevención general o la especial o a través de la incapacitación física. La pena sirve para prevenir cierta clase de acciones y por lo tanto reacciona frente a elementos pertenecientes a dicha clase de acciones. Mas aquí nos encontramos con un elemento oculto: la pena no sirve para prevenir el acto particular que provoca la reacción penal. Lo que ocurre es que, en el marco de la disuasión, se asume un argumento de analogía según el cual la reacción que se produce contra la acción particular desanimará a los que pretendan llevar a cabo actos similares en un futuro. Sin embargo, este es un mecanismo técnico que tiene sus condiciones empíricas y sus excepciones. Cabe dentro de lo posible que para prevenir cierta clase de acciones haya que penar otra clase de actos. Si es cierto que lo que define la antijuricidad del acto son los elementos por los que se establece en cada teoría de la pena que ésta es una reacción adecuada, debemos

concluir que para las teorías de la prevención de la pena un acto es antijurídico si su punición ayuda a prevenir los actos que la pena en cuestión busca prevenir.

Tomando esta afirmación como punto de partida, ¿cuáles serían las consecuencias que se derivarían de adoptar una justificación preventiva de la pena en materia de adopción de una teoría subjetiva u objetiva de la responsabilidad criminal? Las teorías preventivas de la pena son *neutrales* en lo que atañe a la clase de actos frente a los que la ley penal debería buscar la prevención. Podría considerarse valioso prevenir aquéllos estados de cosas creados por el individuo que afecten a los intereses de otros, sin tomar en cuenta la intención y motivos del sujeto. O por el contrario, podría sostenerse la posición contraria, esto es, que el verdadero objetivo del derecho penal es impedir la comisión de aquellos actos que reflejan determinadas intenciones o motivos del sujeto, sus inclinaciones malvadas, independientemente de los perjuicios o daños que a otras personas se hayan causado con ellos. La elección entre las diferentes clases de acciones y las descripciones de las mismas en torno a las cuales deba girar la norma penal como elemento disuasorio está sujeta a la teoría del Estado -concepto y función- que se mantenga.

Y conviene recordar que las clases de acciones que se busca prevenir y las clases de acciones que son objeto de punición con finalidad preventiva pueden no coincidir. Esto tiene importancia ya que incluso suponiendo que la primera clase de acciones se concibiera en términos puramente objetivos, cabría basar la pena en actitudes puramente subjetivas manifestadas en la acción frente a la que la susodicha pena reacciona. O, en sentido inverso, las acciones a prevenir podrían ser definidas en términos subjetivos y aún así podría ser conveniente no tomar en cuenta elementos subjetivos a la hora de describir la acción frente a la que la pena reacciona. Estamos ante una cuestión puramente empírica e instrumental dependiente de los mecanismos a través de los cuales se considere que la pena debe operar para prevenir la primera clase de acciones.

En conclusión, el que las teorías preventivas de la pena conduzcan a una aproximación subjetiva u objetiva de la responsabilidad criminal depende en parte de las teorías que sobre el papel del Estado en la prevención de las acciones se manejen, y también en parte de cuestiones técnicas relativas a la forma de operar del derecho penal como instrumento disuasorio en la comisión de dichas acciones. Volveré sobre estas cuestiones en el último apartado de mi trabajo.

Desde otro punto de vista, para los defensores de las teorías retribucionistas de la pena ésta es una reacción frente a determinados actos para los que la pena se ve como la retribución adecuada. Estos actos serían los actos antijurídicos, si partimos de los presupuestos de esta teoría de la pena. Por supuesto, es necesario definir el término “adecuada” de la frase anterior. Algunos autores son de la opinión de que este vacío debe completarlo el sistema legal: la retribución es adecuada si el castigo lo establece el sistema legal. Sin embargo, mantener esto supondría incurrir en un grave error, dado que entonces nos encontraríamos no ante una teoría sobre la justificación de la pena, sino ante una teoría ideológicamente positivista del Derecho, de acuerdo con la cual cualquier determinación del sistema legal debería ser tomada por obligatoria. Esta teoría dejaría así de ser una teoría de análisis y valoración del sistema legal que sirviera, por ejemplo, para escoger de entre la amplia gama de actos que condicionan las penas establecidas por el sistema legal aquéllos que son antijurídicos. Si queremos una teoría retribucionista de la pena que sirva para valorar e interpretar el sistema legal debemos entender por “retribución adecuada” la “retribución justa”, y la relación adecuada entre pena y delito debe venir determinada por la moral y no por la ley.

Yo mismo no poseo la intuición para, o no soy capaz de percibir la atracción moral que pueda encontrarse en unir un mal a otro mal. Cuando añadido al mal del delito el mal de la pena sin tomar en consideración ningún otro factor mi aritmética moral me conduce al resultado “dos males”, en vez de al resultado “un bien”. Es decir, debo intentar adivinar lo que piensan otras personas. Una cosa parece cierta respecto a las intuiciones de los retribucionistas: que el mal que debe ser retribuido no puede ser un fenómeno de la naturaleza, incluso cuando el proceso causal lleva hasta algún ser humano. La retribución conlleva la idea de reprochabilidad por ciertas acciones⁹. Esta es la ventaja que los retribucionistas ven a su teoría sobre la teoría de la prevención de la pena, ya que a través de esta exigencia de reprochabilidad se pueden evitar muchas consecuencias indeseables de esta última teoría: el castigo del inocente, la igualación de acciones como el asesinato, el homicidio o la muerte accidental, la falta de atención prestada a las excusas, etcetera.

Las actitudes subjetivas en esta teoría son esenciales para establecer el desvalor de ciertas acciones para el derecho penal y su punibilidad y grado de punición, dado que las teorías sobre la retribución de la pena implican reprochabilidad moral o culpa, y ello debe verse reflejado en la antijuricidad.

⁹ *Vid.* una articulación de esta idea en DUFF, R. A.: *op.cit.*

La culpa se concibe básicamente como una reacción frente a determinadas intenciones. Así se nos aparece cuando reflexionamos sobre las excusas que sirven para excluir la responsabilidad sobre un acto determinado. Su papel fundamental es negar que hubiera cierta intención, no directamente sino a través de la negación del conocimiento o de la capacidad que debe acompañar dicha intención para que dé como resultado la acción. Por ejemplo, la excusa del error implica que el sujeto no quiso actuar como lo hizo, pero que incurrió en un error sobre un factor relevante de la realidad. Lo mismo puede mantenerse sobre las excusas basadas en la coacción o la violencia, o sobre aquellas excusas que deniegan la voluntariedad del acto (como cuando se alega que fue un acto reflejo o un tic); todas estas excusas excluyen que el actor tuviera la intención o el deseo relevantes para hacerse merecedor de sanción.

La intención parece ser el objeto directo de la culpa pues parece que es el único elemento en la acción que el sujeto activo controla. Cuando Donald Davidson sostiene¹⁰ que “todo lo que hace el sujeto es mover su cuerpo, el resto se deja a la naturaleza”, comete una equivocación. El movimiento del cuerpo se debe también a algún proceso causal que puede fallar a pesar del supuesto control del sujeto. Todo lo que hace éste es pretender algo o decidir algo, el resto -incluyendo el movimiento de su cuerpo- queda a expensas de la naturaleza.¹¹

En definitiva, los defensores de la teoría de la función retributiva de la pena, dependiente del grado de culpa, deberían apoyarse únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo. Es posible que por ello cuando Kant se refiere a las acciones opuestas, las admirables, termine sosteniendo que lo único que importa es la buena voluntad.

Así, según los presupuestos de esta teoría, los defensores de la teoría teleológica de la pena en la tradición europea continental estarían equivocados cuando hablan del desvalor de la acción como opuesto al desvalor de resultado. De hecho, los movimientos corporales o su falta, que son el elemento básico de la acción humana, serían resultados causales igual que la muerte de la víctima de asesinato. El desvalor de resultado no se debe contraponer al desvalor de la acción sino a aquél de la *intención*.

Pero si siguiéramos por esta senda caeríamos en el abismo del puro subjetivismo. La misma razón que nos conduce a no tomar en cuenta el resultado

¹⁰. En “Actions, Reasons, and Causes”...

¹¹. Vid. una discusión de esto en mi *Introducción a la filosofía de la acción humana*, citada, cap.1.

exterior y asimilar, por ejemplo, el intento de asesinato con el asesinato consumado, nos conduciría a no tomar en cuenta si la vida de alguien estaba en peligro, e incluso si el sujeto realizó o no determinados movimientos corporales. Una decisión firme de matar a alguien sería suficiente para fundamentar el reproche que se encuentra en la base del castigo retributivo.

Por supuesto, cabría aún así requerir alguna manifestación externa a efectos de prueba y para evitar una excesiva intromisión en la mente del sujeto. Pero estas serían consideraciones instrumentales y secundarias: si tuviéramos una prueba espontánea y firme de la intención del sujeto de cometer algún hecho reprochable (por ejemplo, la confesión espontánea del mismo) deberíamos proceder a castigar a esa persona, puesto que desde el punto de vista de la teoría retribucionista de la pena existirían ya los mismos argumentos para castigar penalmente a esa persona que cuando la misma intenta o incluso completa la acción tipificada como delito.

IV

La conclusión a la que hemos llegado más arriba no escandalizaría a aquéllos que poseen fuertes sentimientos retribucionistas. Probablemente insistirían en que la repugnancia que nos produce castigar por meras intenciones o decisiones se debe a los problemas ya mencionados para detectarlas si no se establece una suerte de “Valeroso Nuevo Mundo”¹². Sin embargo, me gustaría desafiar aún en mayor profundidad la visión subjetiva a la que conduce el retribucionismo.

Acabo de mencionar que la razón por la cual el juicio de reprochabilidad implicado en la retribución se basa en las decisiones o las intenciones tiene su razón de ser en el hecho de que éstas parecen ser lo único que el sujeto controla, y en que la culpa parece requerir control sobre el objeto de la misma. Sin embargo, la primera afirmación, esto es, que intenciones y decisiones son controladas por los sujetos, puede ser objeto de discusión. Existe aquel familiar principio del determinismo según el cual incluso las intenciones y decisiones de la gente son un producto causal inevitable de factores que no controlan, como la socialización cultural, las estructuras económicas, determinados procesos neuroquímicos, traumas psicológicos, etcetera.

Voy a asumir que dicha hipótesis descriptiva determinista es correcta. Mucha gente piensa que es así. Necesitaríamos entonces una explicación de

¹². “Brave New World”, en palabras del autor. N.T.

por qué a pesar de ello seguimos culpando a la gente por lo que hace. La explicación no podría apoyarse ya en la asunción de que culpamos a la gente por lo que controla. En otro lugar intenté ofrecer una explicación descomponiendo la culpa en tres dimensiones diferentes e intentando mostrar que todas ellas serían compatibles con el determinismo descriptivista.

Resumiendo lo que sostuve entonces diré, en primer lugar, que la culpa puede tener una dimensión pragmática, en tanto en cuanto se dirija a conseguir que el receptor de la culpa o cualquier otro no cometan en el futuro actos similares a aquél que hizo que surgiera la culpa, intentando evitar el dolor y malestar que conlleva normalmente el ser culpado por algo. Obviamente, esta dimensión del dolor no presupone la falsedad del determinismo descriptivo por cuanto descansa en la relación causal entre culpar a alguien y su motivación para actuar. En segundo lugar, la culpa puede tener una dimensión reactiva ya que su expresión puede ser producto de una reacción emocional que causan ciertas acciones. Culpar a alguien por una mala acción equivale a expresar una actitud reactiva de la clase analizada por Peter Strawson¹³. Es también evidente que esta dimensión reactiva de la culpa tampoco necesita de la falsedad del determinismo puesto que, como el propio Strawson mantiene, tomando especialmente en cuenta el caso del resentimiento, éste no queda suspendido simplemente porque la intención que sea objeto de la culpa esté causada por determinados factores; la culpa aquí se ve como un producto causal de su objeto. Pero, en tercer lugar, la culpa tiene también un contenido proposicional que describe cierta conexión entre la persona y su acto.

Es esta tercera dimensión descriptiva de la culpa la que interesa a la teoría de la retribución de la pena: a diferencia de aquél que justifica el castigo penal por motivos preventivos, esta teoría no está interesada en la dimensión manipulativa de la culpa que pueda hallarse en dicho castigo¹⁴. Tampoco está interesada en el aspecto reactivo de la culpa asociado con la punición, pues alegaría que la diferencia entre la punición retributiva y la venganza consiste precisamente en que la punición no es una mera reacción emocional sino que posee un objeto cuya satisfacción la justifica. Los teóricos de la retribución de la pena deben, por lo tanto, concentrar su atención en la dimensión descriptiva de la pena, dado que este es el único aspecto que podría dar significado al castigo en términos retributivos.

¹³. En STRAWSON, Peter: "Freedom and Resentment", incluido en su libro *Freedom and Resentment and Other Essays*.

¹⁴. Vid., por ejemplo, lo que R. A. DUFF dice en *Trial and Punishments*, Cambridge, 1986, pp.47 y ss.

Lo que el juicio de culpabilidad describe, de acuerdo con esta interpretación es que la conducta es producto de cierta intención, decisión o elección. No necesita describir que esas intenciones, decisiones o elecciones vienen determinadas por otras intenciones, decisiones o elecciones. Es un argumento familiar en filosofía el considerar que retrotraerse a este segundo contenido de la dimensión proposicional de la culpa carece de sentido e implica un retroceso innecesario. ¿Por qué la culpa no puede simplemente describir el hecho de que el acto fue producto de cierta intención, decisión o elección del sujeto, cualesquiera que sean sus causas ulteriores? Robert Audi¹⁵, por ejemplo, señala que “nuestros deseos y pensamientos normales no son elementos determinantes extraños a la acción que debamos controlar para controlar ésta; Son aquello por virtud de lo cual nuestras acciones expresan nuestras razones y, de alguna manera, nuestra naturaleza”. En este caso la culpa sería perfectamente compatible con el determinismo.

Ahora bien, si se puede culpar a alguien por algo que no es necesario, ni siquiera significativo que controlemos, ¿por qué la faceta descriptiva de la culpa debería trascender los movimientos corporales del sujeto y los resultados externos causados y centrarse en las decisiones, intenciones y elecciones de la gente? ¿Por qué tienen las intenciones, las decisiones y las elecciones ese estatus privilegiado como objeto de culpa si no están necesariamente bajo control del sujeto? Jonathan Glover¹⁶ argumenta que en lo que atañe a la culpa el sujeto es sólo sus intenciones, mas esto no parece ser correcto: las intenciones de los individuos son demasiado superficiales y pasajeras como para ser constitutivas de los mismos. No creo que *la teoría del reproche moral basado en la intención o elección* pueda explicar satisfactoriamente que es lo característico de las actitudes subjetivas que las hace convertirse en objeto final del reproche moral en sustitución de los aspectos externos de la acción.

Ello hace que la competidora tradicional de esta teoría gane crédito: *la teoría del reproche moral basado en el carácter*. Esta teoría sostiene que el contenido descriptivo de la culpa incluye rasgos del carácter del individuo; estos rasgos se manifiestan en sus intenciones y provocan finalmente el acto en cuestión. Culpar a un individuo de una acción equivale a observar que dicho acto es reflejo de cierta inclinación perversa en su carácter. Esta teoría explica por qué las actitudes subjetivas del individuo son tan importantes para considerarle culpable: esas actitudes son las que conectan sus acciones con su

¹⁵ En AUDI, Robert: “Responsible Action and Virtuous Character”, *Ethics*, vol.101, n.2, January 1991, p.314.

¹⁶ Vid. GLOVER, Jonathan: *Responsibility*, Londres.

carácter y expresan los rasgos perversos del mismo. El carácter del individuo se materializa en ciertos deseos, elecciones e intenciones, que sucesivamente pueden dar lugar a acciones externas. Culpar a alguien por algo significa reseñar qué tipo de persona es. A diferencia del caso de las intenciones y de la elección parece correcto identificar a las personas por su carácter. De esta forma sería posible explicar qué es lo que caracteriza a los juicios de culpa si se interpretan como la descripción del carácter del individuo: describen personas.

Por supuesto, esta teoría del reproche moral basado en el carácter ha de superar algunos aspectos oscuros que afectan a su fuerza lógica. Los principales aspectos confusos hacen referencia a esa relación entre el carácter de la gente y sus intenciones y acciones. Sin embargo, algunas de las críticas que se le dirigen tienen fácil respuesta¹⁷. Por ejemplo, Michael Moore¹⁸ argumenta, entre otras cosas, que la teoría del reproche moral basado en el carácter implica que uno debe ser castigado por su carácter, independientemente de los actos que lleve a cabo, e, inversamente, no debería ser castigado por los actos que fueran producto de su elección que quedasen “fuera de los límites externos de su carácter”. Para poder valorar estos argumentos lo primero que debemos hacer es desvincularlos del castigo penal, pues alguien que como yo no aceptara finalmente una teoría retributiva de la pena basada en la culpa, se encontraría con un obstáculo fundamental a la hora de determinar qué se debería hacer en estos casos. Así pues, hablemos de culpar a alguien y no de castigarle penalmente. Por supuesto que culpamos a la gente por la clase de personas que son sin tomar en consideración ningún acto en particular; podemos tomar en cuenta un conjunto indefinido de actos, pero también lo que esas personas dicen, cómo creemos que se sienten, las emociones que expresan, y no únicamente a través de la palabra o de un acto determinado (podríamos acusar a alguien de ser un insensible al observar su calma cuando algo aparentemente terrible le estuviera ocurriendo). Mas una acción concreta, determinada podría ser enormemente relevante a la hora de culpar a alguien ya que la realización de acciones no sólo expresa sino que es *producto* de un cierto equilibrio entre los diferentes rasgos del carácter que entran en conflicto. Es evidente que los teóricos del carácter sostendrían que de hecho no existen actos de las personas normales que se encuentren “fuera de los límites externos del carácter”, sino que se trata de actos que nos sorprenden porque se trata de actos que enseñan

¹⁷ Vid. algunas respuestas frente a las críticas a la teoría del reproche moral basado en el carácter en ARENELLA, Peter: “Character, Choice and Moral Agency”, en *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, 1990, pp.59 y ss.

¹⁸ En “Choice, Character and Excuse”, en la misma colección citada en la nota precedente, pp.29 y ss.

rasgos ocultos del carácter opuestos a aquéllos que aparecen sólo en la superficie; Claramente, esto parece verdadero en el caso de Richard Herrin (un chico aparentemente estudioso y formal que mató a su novia), caso con el que Moore ilustra su argumentación. Si no existieran rasgos ocultos del carácter de Richard que pudiéramos asociar a su actuación, la psicología y, especialmente, el psicoanálisis quedarían sin objeto de trabajo. Es obvio que esta clase de argumentación corre el riesgo de volverse circular y vacua (mató a su prometida porque tiene una disposición a matar demostrada por el hecho de haber matado a su prometida). Mas esto debería suponer un reto para clarificar el vínculo conceptual entre acciones y caracteres y para formular cuidadosamente teorías empíricas del carácter, no para asumir sin más que hay acciones que se producen como caídas del cielo.

La conexión entre la culpa y la valoración del carácter se aprecia tan pronto como se analizan aquellas excusas que excluyen la culpa, dejando a un lado aquéllas que excluyen la intencionalidad, como el error o la violencia. Por ejemplo, las excusas basadas en miedo insuperable, estado de necesidad, y trastorno mental transitorio o inmadurez no niegan que el sujeto posea los deseos y creencias relevantes que constituyen su intención. En el caso de miedo insuperable, se admite que el sujeto cometió voluntaria e intencionadamente determinada acción moralmente mala, pero se alega que lo hizo sometido a una coacción tal que era irrazonable demandarle el haber actuado de otra forma. En el caso del estado de necesidad, la situación es la misma aunque la amenaza no es aquí humana sino que se da por la existencia de algún peligro objetivo de daño que no ha de ser necesariamente superior a aquél que el sujeto causó. En el caso del trastorno mental o inmadurez se asume también que el sujeto activo se encuentra en determinadas condiciones que hacen irrazonable que se le exija actuar conforme a las normas legales y los juicios de valor en él recogidos. Todas estas excusas presuponen determinados patrones de razonabilidad y normalidad, y estos patrones no versan sobre actos concretos sino que sirven para valorar inclinaciones, disposiciones, capacidades generales, etcetera. En otras palabras, son patrones que nos permiten desconectar determinados actos e intenciones de rasgos perversos del carácter. Excusas como el miedo insuperable o el estado de necesidad hacen referencia a los *motivos* y muestran la necesidad de tomarlos en cuenta, junto a los deseos y creencias, para poder culpar a alguien.

Pienso que una teoría coherente de las excusas morales sólo puede tener lugar bajo una teoría del reproche moral basado en el carácter, en tanto que las excusas que niegan la voluntariedad en la acción principal o la intencionalidad de la acción en el marco de determinada descripción pueden ser también con-

templadas como la negación de que el acto principal o la acción descrita constituya la manifestación de algún rasgo perverso del carácter del sujeto activo.

Así pues, tal y como argumenté hace tiempo¹⁹, pienso que existe una conexión esencial que se manifiesta a través del vínculo del juicio de culpabilidad entre la visión retributiva de la pena y la necesidad de proceder al análisis del carácter de los individuos. George Fletcher está en lo cierto cuando afirma²⁰ que llevar a cabo “una inferencia del acto moralmente incorrecto al carácter del sujeto activo es esencial para la teoría retributiva de la pena. Una exposición completa del argumento vendría a decir lo siguiente: (1) castigar el comportamiento moralmente incorrecto es justo sólo si el castigo es proporcional a lo merecido por el sujeto activo, (2) el merecimiento del sujeto activo es un indicador del tipo de persona que es dicho sujeto activo, (3) y por lo tanto, para realizar una distribución justa del castigo es esencial una evaluación del carácter”.

Puesto que la concepción retributiva de la pena implica la necesidad de un juicio de reproche moral y este juicio implica una evaluación del carácter del sujeto, la consecuencia inevitable de la teoría retributiva de la pena es la asunción del enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal. El análisis del carácter moral del sujeto activo es un análisis de sus inclinaciones y capacidades. Estos rasgos del carácter tienen su manifestación en estados subjetivos o psicológicos y en hechos tales como los deseos, creencias y emociones. La convergencia y equilibrio de los diferentes rasgos del carácter que producen diferentes deseos, creencias y emociones se materializan en intenciones, selección de acciones y decisiones, que son equivalentes para nuestro propósito actual. Todos ellos son expresión de un cierto equilibrio de los deseos, creencias y emociones que viene determinado por el carácter. La teoría del reproche moral basado en la elección no es incorrecta, ya que selecciona el acontecimiento psicológico que es el precipitado resultante de la combinación de los diferentes rasgos del carácter del sujeto. Pero es miope en cuanto que no percibe que éste es precisamente el elemento significativo para el juicio de culpabilidad, y que por ello la elección del sujeto debería evaluarse en el contexto más amplio de su carácter, tal y como se manifiesta también en otras elecciones.

Lo que tenga lugar tras la elección, toma de posición o decisión del individuo -esto es, los movimientos corporales o falta de los mismos y la situación

¹⁹. Véase mi tesis doctoral y el libro *Los límites de la responsabilidad penal*, citado.

²⁰. En *op.cit.*, p.800.

externa conectada causalmente con ellos, a los que podría dársele connotaciones diferentes según se describiera la acción- no son relevantes para la culpabilidad (salvo como prueba de la intención del sujeto). Que se produzcan o no una vez que la intención de actuar es firme es una cuestión meramente casual y extraña al carácter del sujeto. Así pues, deviene inevitable de nuevo que el retribucionismo adopte una visión subjetiva de la responsabilidad criminal, lo que supone que el objeto del castigo lo constituye el carácter del individuo y sus manifestaciones subjetivas, y nada que no sea constitutivo de dicho carácter. Reitero, por tanto, que incluso los movimientos corporales del sujeto deberían ser tomados en cuenta únicamente como cuestión de prueba o para evitar una intromisión excesiva en la mente de los individuos, pero no como materia relevante en el ámbito de la punición. Obviamente esto implica asimilar los delitos consumados a las tentativas idóneas e inidóneas, rechazar cualquier causa de justificación que no sea expresión de la buena voluntad del sujeto activo, y contemplar como punibles expresiones de la mala voluntad del sujeto que no conducen a daños externos.

Sin embargo, algunos partidarios de la conexión entre punición y culpabilidad tratan de rechazar algunas de las implicaciones del subjetivismo. Es el caso de R. A. Duff, quien argumenta en favor de castigar los delitos cometidos en grado de tentativa en menor medida que los delitos consumados. Declara²¹ “...seguir el consejo del subjetivismo, y no dibujar distinción entre el delito consumado y el incompleto (castigar ambos, el delito de asesinato y el intento fallido del delito descrito por dicho tipo delictivo y sujetarlos a la misma pena), significaría sostener que a la ley no le importa si el intento de cometer un determinado delito tiene éxito o no lo tiene; el mismo mensaje, la misma condena se transmitiría al asesino que tuvo éxito y al que fracasó. Pero a nosotros sí nos importa, y debería importarle al sujeto activo si el intento tuvo éxito o no lo tuvo; a nosotros nos aliviaría que fallara y a él debería aliviarle también. Por eso la respuesta que la ley le diera debería reflejarlo; y esto es lo que ocurre actualmente”.

Sin embargo, yo no creo que en el marco de la teoría de la retribución de la pena que asocia la pena con la culpa este argumento tenga éxito a la hora de justificar la diferencia de castigo entre los delitos consumados y las tentativas (incluso con el ingenioso quiebro que Duff le añade). Por supuesto que nos debería importar, como también debería importar a las normas, si la persona a la que alguien intentó matar está de hecho muerta o no lo está, pero de la

²¹. En DUFF, R.A.: *Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990, p.191.

misma forma que nos importa si está muerto o no lo está alguien a quien le cae un rayo. El "espacio" entre lo que el sujeto hizo para matar a su víctima y su muerte lo ocupan acontecimientos (por ejemplo, la interposición de un camión que pasaba entre la bala y la víctima que sirvió para detener la bala) ajenos al susodicho sujeto, tan ajenos como lo son los rayos. La ley debería quizás comunicar a todo el mundo el alivio que sentimos si la víctima no muere, pero ¿por qué debería comunicárselo especialmente al sujeto activo? ¿y por qué hacerlo disminuyendo la pena que merece por su carácter y la decisión tomada por él? En definitiva, si el sujeto activo mismo se siente aliviado por la afortunada coincidencia que salvó a su víctima, quizás esto podría deberse, no a una repentina conversión de su carácter en un carácter humanitario, sino a la perspectiva de un castigo menor bajo el sistema que se defiende. Y tanto en este caso como en el caso en el que se siente triste por no haber completado su plan, quizás le haría falta una dosis extra de pena para aprehender la culpa que el sistema legal le quiere comunicar.

V

Como ya dije, la estrecha conexión entre las teorías retributivas y la evaluación del carácter es algo que muchos retribucionistas confiesan alegremente. Sin embargo, pienso que dicha conexión es una razón decisiva para rechazar las teorías retributivas de la pena y con ellas el enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal que considero una consecuencia lógica de aquél.

Mi objeción en lo que atañe a la mezcla de las operaciones del Derecho Penal con los juicios de culpabilidad que implícitamente evalúan el carácter moral de la gente se basa en que ello implica una visión perfeccionista del Estado que vulnera el principio de autonomía personal.

En otros lugares²² he defendido el punto de vista, que ahora tiene numerosos seguidores, de que la vulneración por la ley del principio liberal de la autonomía personal no se produce por el hecho de que ésta respalde un sistema moral -puesto que como es obvio el mismo principio de autonomía personal es un principio moral- sino por cuál sea la moral a la que otorgue su apoyo. Ahora bien, esto se presta por lo menos a dos interpretaciones diferentes.

La primera se refiere al *contenido* del sistema moral a respaldar: muchos argumentan que reconocer el principio de autonomía personal significa abra-

²² Vid. *Los límites de la responsabilidad penal*, citado, y *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991, chap.8.

zar una concepción moral completa no sólo en lo relativo a las relaciones interpersonales sino también en lo relativo a los valores e ideales personales. Acoger el principio de autonomía personal significa valorar determinados rasgos del carácter moral de la gente: su capacidad para la autoreflexión que les permite escoger, revisar y cambiar sus concepciones del bien, su capacidad de aislamiento de las demandas de la tradición, de la autoridad y de las creencias comunes, una visión individualista de sus propios planes de vida, la tenacidad en perseguir en la vida diaria el concepto del bien y los ideales personales libremente escogidos, etcetera. Por tanto, el liberal que defiende el valor de la autonomía personal se encuentra en una posición exactamente simétrica a aquéllos que, por ejemplo, defienden una visión religiosa o comunitarista de la buena vida. Todos ellos acogen cierto ideal personal y todos ellos piensan que son la fuente de las razones del Estado para actuar de cierta manera con el fin de ampliar el ideal privilegiado, todos ellos piensan que se deberían llevar a cabo juicios de culpabilidad no sólo en el campo de los intercambios sociales informales sino también en las operaciones institucionalizadas del Estado cuando no se satisface la realización del ideal que cada posición acoge.

Yo he intentado seguir un camino diferente²³: incluso siendo cierto que la ley debe respaldar cierto sistema moral, cabría quizás distinguir diferentes *dimensiones* de la moralidad, de acuerdo no a su contenido sino a la estructura de los juicios de valor que cada una de ellas implica. La idea es muy conocida. Se trata de intentar distinguir entre la dimensión de la moral *interpersonal o social* y la dimensión personal, entre el estándar moral intersubjetivo y los ideales de excelencia o virtud personales. Esta distinción es vacilante y es objeto de numerosas controversias²⁴. Mi propuesta ha sido intentar distinguir entre los patrones interpersonales de conducta y los ideales personales teniendo en cuenta los efectos de cierta clase de acciones que se toman en cuenta en la respectiva valoración. Los patrones interpersonales de moralidad -por ejemplo, la prohibición de matar a alguien, excepto bajo determinadas circunstancias- valoran o califican deónticamente cierta conducta en última instancia por el impacto que produce en el interés o bienestar de otras personas distintas al sujeto. Por otro lado, los ideales personales valoran o califican como prohibido, obligatorio o permitido una cierta clase de acciones por el efecto que producen en la calidad de vida y el carácter del propio sujeto. Una y otra clase de patrones morales pueden referirse a la misma clase de acciones -por ejemplo, las acciones que conllevan matar a alguien-, pero las valoran tomando en cuenta sus distintos efectos -en el mismo ejemplo, en un caso el

²³. En *Ethics of Human Rights*, citada, cap.5.

²⁴. Vid. RAZ, Joseph: *The Morality of Freedom*, Oxford.

impacto en los intereses de la gente a la que se mata; en el otro, el efecto en la cualidad del carácter moral del sujeto. Obviamente, como muestra el ejemplo anterior, el ideal personal puede tomar en cuenta el impacto de la acción en los intereses de las demás personas, pero únicamente como paso intermedio hacia la valoración del efecto de la acción en el carácter y vida del propio sujeto. Y a la inversa, un estándar moral interpersonal puede ocuparse del impacto de cierta clase de acciones en el carácter de los sujetos, pero únicamente en base al efecto ulterior que ello pueda conllevar para los intereses de las demás personas.

Asumiendo esta distinción, el principio de autonomía personal no es en sí mismo un ideal personal sino un estándar interpersonal: prohíbe -a los individuos particulares y a los funcionarios- realizar las acciones positivas u omisiones que tengan el efecto de socavar la capacidad de la gente para escoger y materializar sus ideales personales y los planes de vida que en ellos se basan. El objeto del principio de autonomía personal interpretado como un estándar moral interpersonal es proteger la capacidad de seleccionar y llevar a término los ideales personales. Esto no implica acoger un ideal personal basado en la autonomía, esto es, aquél que describimos anteriormente como el que valora ciertos rasgos del carácter que realzan el poder interno del individuo para escoger, revisar y cambiar los ideales del bien y conformar así su propia vida con independencia de las demandas de la tradición, la autoridad, la comunidad, etcetera. Este ideal de la autonomía personal, desde la perspectiva del estándar interpersonal de autonomía, se encuentra en pie de igualdad con el resto de ideales de la virtud personal: ninguno debería ser impuesto u obstaculizada su adopción por las acciones u omisiones de terceros. El liberal que defiende el principio interpersonal de la autonomía personal no tiene por qué adoptar necesariamente una concepción de la excelencia personal basada en la autonomía (puede muy bien valorar, por ejemplo, la sujeción voluntaria de la persona a una comunidad total de vida, como la secta Amish o algunos Kibutz israelíes).

Sin duda, esta distinción se desmoronaría fácilmente si, como ocurre habitualmente, la prohibición de interferir en el campo de los ideales personales escogidos por otros se basara en lo que es en sí mismo parte de un ideal personal, esto es, el valor que *para* esa persona tuviera el poseer una capacidad ilimitada de elegir y materializar otros aspectos de su ideal personal de la buena vida. Pero no es este el camino por el que yo pretendo fundamentar el principio de la autonomía personal. Ya expresé tres argumentos a su favor, que sucintamente son los siguientes:

El primero de ellos sería una especie de argumento trascendental basado en el hecho de que cuando participamos en la práctica social de la discusión moral asumimos el valor que tiene el hecho de que la gente actúe en base a patrones de acción libremente escogidos, y por ello tratamos de convencer a nuestros oponentes en base a razones para actuar en determinado sentido. Esto lo asumimos no necesariamente porque valoremos a la gente autónoma sino también por otras múltiples razones (podemos, por ejemplo, suponer que una sociedad en la que la gente actúa en base a sus propias convicciones es más estable y pacífica que aquella otra en la que la gente es coaccionada). Así pues, la asunción del valor de la autonomía en la práctica de la discusión moral podría ser el producto de un consenso superpuesto, en términos Rawlsianos. Ahora bien, este argumento se aplica no sólo a los ideales personales sino también a los interpersonales y, por consiguiente, establece el valor del principio general, Kantiano, de la autonomía *moral*. El paso de este principio general al principio más restrictivo de la autonomía *personal* lo permite la constatación de que el propio principio de la autonomía personal autoriza a restringir la selección de ciertos modelos morales cuando su adopción tuviera consecuencias que afectasen a elecciones similares de otra gente. Pero esto sólo puede ocurrir cuando hablemos de patrones morales interpersonales y no de ideales personales, puesto que los primeros son los únicos que toman en consideración los efectos de la acción en los intereses de las demás personas. En otras palabras, la elección de ideales personales es posible que no afecte nunca a la autonomía de otras personas, aunque puede implicar la aceptación de un estándar interpersonal que tenga este efecto. Así pues, del principio restrictivo de la autonomía moral se deriva el principio no restringido de la autonomía personal que prohíbe interferir en las elecciones de ideales personales del resto de la gente.

El segundo argumento descansaría en la irracionalidad de la política perfeccionista que aboga por dar fuerza a los ideales personales. Y esto es así porque la mayoría de los ideales personales incluyen como elemento central de los mismos la necesidad de ser aceptados de manera espontánea. Así pues, el intento de imponer los ideales personales conduce generalmente a la frustración de los ideales en cuestión. Por ejemplo, en Argentina es un delito el profanar los símbolos de la Nación y alguna vez se interpretó esto como inclusivo, por ejemplo, de la mera omisión de levantarse cuando estaba tocándose el himno nacional, con el argumento de que se demostraría un estado de ánimo antipatriótico. Pero es obvio que la gente no se convierte en patriótica por el mero recurso de obligarle a observar cierto comportamiento exterior.

El tercer argumento está conectado con mi defensa de una teoría epistemológica de la democracia²⁵, de acuerdo con la cual el proceso democrático, cuando satisface determinadas condiciones, es más fiable que cualquier otro procedimiento para acceder a principios morales válidos. Sin embargo, este supuesto valor epistemológico del proceso democrático es aplicable únicamente a patrones interpersonales y no a los ideales personales. Esto es así porque se basa en la dinámica hacia la *imparcialidad* que se argumenta que implica el proceso democrático, y en la visión metaética de que la validez de los patrones morales interpersonales, que no los personales, dependen de que sean aceptables desde un punto de vista imparcial. Dado que cualquiera que sea la base para la validez de los ideales personales no parece que la misma esté conectada con la imparcialidad, no hay razón para suponer que el proceso democrático de discusión y decisión sea más fiable que, por ejemplo, la reflexión individual de cada uno para detectar los ideales personales. Consecuentemente, la autoridad de la norma democrática no se extiende a imponer determinados ideales personales.

Así pues, el rechazo del perfeccionismo que yo propongo no está basado en la adhesión a un determinado ideal de la virtud personal, lo que conduciría, por el contrario, a la valoración del carácter de la gente. Dicho rechazo se basa en un principio moral interpersonal que se fundamenta con independencia de cualquier teoría de la vida buena.

Este rechazo del perfeccionismo -que debería diferenciarse de aquellas políticas paternalistas que intentan que la gente esté en condiciones, incluso por la fuerza (cuando abordan por ejemplo problemas de coordinación), de llevar a cabo sus propias decisiones- no implica dejar aisladas determinadas clases de *acciones* de las operaciones del sistema legal a través de la prohibición de llevarlas a cabo en base a razones basadas en ideales personales y no en patrones morales interpersonales. Por ejemplo, el acto de poseer droga para consumo propio no puede ser impedido en base a que dicha acción degrada al sujeto desde el punto de vista de cierto ideal personal del bien. Pero la misma acción puede ser impedida arguyendo, correcta o incorrectamente, que de esta forma instrumental se evita que el sujeto cause daño a otros.

Por supuesto, el rechazo del perfeccionismo no sólo implica que el Estado no debería castigar, o forzar en cierto sentido, clases de acciones apoyándose en ideales personales. También quiere decir que el Estado no puede hacer depender la punición, en un sentido u otro, de juicios basados en ideales perso-

²⁵ Vid. *The Ethics of Human Rights*, cited, cap.7.

nales, por ejemplo, renunciando a imponer una pena que de otra manera se le impondría al sujeto, o disminuyendo o agravando determinada pena, ya que los juicios basados en el efecto de determinada acción en la degradación o realce del carácter moral del sujeto constituirían una forma de imponer mi ideal personal sobre el de otros.

Si culpar a alguien conlleva valorar su carácter moral, la culpa implica necesariamente recurrir a ideales de virtud o excelencia personal. Culpar es afirmar que el carácter moral de alguien, como evidencian quizás ciertas acciones y actitudes subjetivas, no cumple todos los requisitos establecidos por ese ideal de excelencia. La acción objeto de culpa puede tener el efecto de degradar el carácter del sujeto y su calidad de vida, como puede ser una manifestación de dicha degradación. Un Estado liberal, esto es, el Estado comprometido con el principio de autonomía personal, no debería, así pues, actuar en base a la alabanza o a la culpa. Y ello porque el Estado no *discute* meramente con la gente (o al menos no lo hace en una posición de igualdad como la que las susodichas reglas de la práctica de la discusión moral requieren). Directa o indirectamente el Estado recurre a la coacción y al hacerlo, cuando la misma se basa en la culpa moral, lo que implica adoptar ciertos ideales de la excelencia personal sobre otros, se inmiscuye en la autonomía moral de las personas (incluso cuando el Estado utiliza propaganda o la educación para convencer a la gente sobre determinadas concepciones de la buena vida, recurre a la coacción, pues los recursos financieros utilizados para defender determinadas concepciones por encima de otras se extraen coactivamente de gente que no tiene por qué defender dichas concepciones).

Algunos teóricos piensan que la culpabilización de la gente que conlleva el castigo retributivo es compatible con la autonomía personal. Por ejemplo, R.A.Duff²⁶ sostiene lo siguiente: “Pero el castigo que persigue inducir al arrepentimiento y la autoreforma no necesita tener un carácter coercitivo y manipulativo: puede y debería ser un intento de estimular y comprometer -pero no de coaccionar- el entendimiento del delincuente y su voluntad. Tratamos de atraer su atención sobre la naturaleza e implicaciones de su crimen; tratamos de persuadirle para que reconozca y acepte las razones relevantes que justifiquen la condena por nuestra parte de lo que ha hecho, y para que vea y acepte su castigo como una penitencia; y le ofrecemos una comprensión particular de su delito y de su castigo. Pero es a él al que le concierne el considerar, entender y aceptar el mensaje que el castigo penal trata de comunicarle; queda en sus manos el arrepentirse de su delito y aceptar el castigo; y todavía queda abierta

²⁶ Vid. DUFF, R.A.: *Trials & Punishments*, op.cit., pp.272 y ss.

la vía del rechazo a hacerlo. Pues es esencial que el castigo penal, si se tiene que dirigir a él como a un sujeto moral racional, le deje libertad para disentir, para no ser persuadido y no quedar arrepentido... Creo que la imposición coercitiva del castigo penal puede ser coherente con el respeto a su autonomía”.

Sin embargo, este argumento no me convence. Implica, aparentemente, que la coacción externa no podría restringir nunca la autonomía personal, puesto que el sujeto tendría siempre la libertad de someterse o no a dicha coacción (el ladrón que nos amenaza con una pistola para que le demos dinero no coaccionaría nuestra libertad ya que depende de nosotros el conformar nuestros juicios a los suyos; desde este punto de vista sólo aparecería como ofensivo a la autonomía personal el lavado de cerebro o la cirugía cerebral). El hecho es que la forma en que la ley, de acuerdo con este punto de vista, comunica sus mensajes da cierto privilegio a estos mensajes sobre otros, y coarta la capacidad del individuo para elegir libremente entre ellos sólo en base a la razón. Todo el procedimiento descrito por Duff, según el cual en el que el castigo penal trabajaría a favor de que el convicto adoptase determinados juicios morales, muestra precisamente que la punición basada en la culpa es una forma de inclinar el razonamiento del individuo en favor de unos ideales personales de virtud sobre otros. No sólo existen mensajes que no son tan contundentemente comunicados al individuo, sino que a éste se le enseña que mejor que interiorice cuanto antes aquél que se le comunica, por miedo a que tenga ocasiones similares en las que reflexionar en soledad sobre el ideal de bien que sea conveniente para él.

Hay otra forma de entender que apoyar determinados ideales de virtud a través del castigo estatal es compatible con la autonomía personal. Esta otra forma rechaza mi manera de interpretar este principio e intenta en su lugar acercarse a las diferentes virtudes o exigencias de la excelencia humana. La idea es que existen virtudes que conectan al individuo con otra gente y con la sociedad como un todo; son las virtudes cívicas u otras relacionadas con éstas. Por otro lado, existen virtudes del carácter que no tienen que ver con la interrelación del individuo con otros seres humanos (podrían referirse, por ejemplo, a su relación con Dios). El Estado puede muy bien intentar hacer a la gente virtuosa en lo tocante al primer tipo de virtudes, sin entrometerse con otras cualidades del carácter moral de la gente que no contengan esa dimensión interrelacional. Algunas defensas del punto de vista republicano de la democracia intentan también evitar el perfeccionismo de esta forma.

Sin embargo, este intento de parcelar la valoración del carácter moral del individuo es, en mi opinión, erróneo a causa de la naturaleza *global* de la evalua-

ción de dicho carácter y de la conexión de las diferentes virtudes entre sí. Es imposible determinar si alguien debe ser culpado por haber tenido cierta intención que demuestra falta de alguna de las exigencias del ideal personal sin determinar en que medida su intención satisfizo o frustró otras exigencias de dicho ideal. Es común sostener que las diferentes virtudes del carácter permanecen en constante equilibrio y que el ser moral se encuentra permanentemente en la necesidad de llevar a cabo una compensación entre virtudes tales como el patriotismo, la honestidad, la familia, la lealtad, etcetera. Tomemos, por ejemplo, el caso de Richard Herrin, el cual, como vimos, fue traído a colación por Michael Moore. Si tomamos en serio la idea de culparle por matar a su novia debemos hacer un análisis completo de su carácter moral. El hecho de que fuera estudioso y formal no es suficiente para que cambie nuestra condena por la crueldad de lo que hizo. Pero supongamos que, a pesar de su apellido anglosajón nos encontramos ante un indio sudamericano y que, tal y como ha ocurrido en realidad en Argentina y Perú, alegase con total honestidad que el diablo había penetrado en el alma de la chica y que matarla era la única forma de liberar su alma. Como un indio dijo en uno de los casos “si el juez hubiera creído en el diablo me habría absuelto” (bajo la causa de justificación o cuando menos la excusa de estado de necesidad). Por supuesto, nuestro juicio sobre si el indio Richard Herrin debería ser culpado por haber matado a su novia estaría, de hecho, afectado por nuestras creencias sobre el diablo; pero incluso si no creemos en él, la naturaleza de la culpa se transformaría. Probablemente culparíamos al indio Richard Herrin por ser ignorante y supersticioso y no por ser cruel.

Por ello, mi conclusión es que si el enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal estuviera basado en una concepción retributiva del castigo -concepción que de hecho implica dicho enfoque- aquél debería ser rechazado. Y es que la concepción retributiva de la pena implica la responsabilidad moral, la responsabilidad moral implica valorar el carácter de la gente, y la valoración del carácter de la gente por parte del Estado implica una visión perfeccionista de su misión que es contrario al principio de autonomía personal.

VI

Como sostuve con anterioridad, la teoría de la prevención de la pena, a diferencia de la teoría retributiva, no conduce necesariamente a una aproximación subjetiva sobre la responsabilidad criminal: parece compatible tanto con el enfoque subjetivo como con el objetivo. Permitanme esbozar brevemente la justificación del carácter preventivo de la pena que considero más adecuada para establecer si conduce a un enfoque objetivo o subjetivo.

Las teorías de la prevención deberían comenzar su análisis por el principio, que ya tomé en consideración en otro lugar, de “protección prudencial de la sociedad”. Este principio establece que una condición necesaria para la legitimidad del castigo penal es que éste represente una manera eficaz y económica de prevenir males mayores a la sociedad que aquéllos implicados en dicho castigo. Ahora bien, esta exigencia conlleva diversas subcondiciones: aquélla de la *eficacia*: la aplicación de la pena debe tener éxito a la hora de evitar los males de los que hablábamos; aquélla de la *economía*: hace falta que no existan otras formas de evitar dichos males que supongan causar un mal menor que el que causaría la aplicación de la pena; aquélla del *equilibrio*: los males que implica la aplicación de la pena deben ser menores que los prevenidos; aquélla de la *inclusión*: los males sufridos por aquéllos a los que se impone la pena deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el equilibrio de que hablábamos antes.

Existe otra condición para justificar el castigo penal que surge de la combinación del principio de la protección prudencial de la sociedad con el principio de la autonomía personal: los males a tener en cuenta son aquéllos que frustran la autonomía personal de la gente. Lo cual quiere decir que sólo debemos contar como males la frustración de los intereses o planes de vida de la gente tal y como vienen configurados por los ideales de vida por ellos escogidos. Esto conduce a una postura objetiva por lo menos en lo concerniente a la definición del estado de cosas que la ley debe buscar prevenir a través del castigo penal: puesto que las inclinaciones, disposición, intenciones, creencias, deseos de la gente, etcetera no pueden ser *directamente* perjudiciales para los intereses de cualquier individuo sino sólo para aquéllos que poseen dichos estados subjetivos (salvo que alguno tenga un interés perfeccionista sobre otros, lo que deberíamos descartar), las mismas no deberían aparecer en las descripciones del estado de cosas que la ley debería buscar *en última instancia* prevenir a través del castigo penal. Esta descripción de la norma penal debería ser del tipo “la muerte de alguien” o quizás “la muerte de alguien a resultas de la acción de otro”, y no del tipo “el deseo de alguien de matar a otro”, o incluso “la muerte de alguien por otro que quería que el primero muriera”, o “la matanza intencionada de alguien por otro”, en las que se mezclarían los elementos. Esto quiere decir que el ideal que el sistema liberal de Derecho Penal trata de materializar se cumple si la gente no se ve perjudicada de hecho en sus intereses, incluso aun cuando la sociedad fuera una sociedad horrible en la que todo el mundo, debido a la generalizada degradación de su carácter moral, tuviera los peores deseos y sentimientos hacia los otros.

Pero por supuesto, hay muchas formas indirectas a través de las que las inclinaciones de la gente y sus intenciones y creencias pueden acabar perjudi-

cando los intereses de otras personas. Como sostuve al principio, una teoría preventiva de la responsabilidad criminal debe mantener una concepción de los actos antijurídicos que incluya las acciones que el Derecho Penal debería buscar prevenir pero también las acciones contra las que la pena debería reaccionar para prevenir las anteriores. Las dos clases de acciones no coinciden necesariamente. Y es perfectamente posible que para prevenir acciones descritas en términos absolutamente objetivos con el fin de prevenir cualquier tipo de perfeccionismo, la pena deba dirigirse contra clases de acciones descritas en términos subjetivos. Esto podría producirse dado que las intenciones e inclinaciones de la gente implican riesgos de que se produzcan los resultados que definen las acciones que deben ser prevenidas, o porque para prevenir las clases de acciones objetivamente descritas es necesario reaccionar sólo frente a un tipo de acciones descrito en términos subjetivos.

Sin embargo, creo que desde la perspectiva meramente prevencionista la ley debería reaccionar únicamente frente a acciones definidas también en términos objetivos. Marcelo Sancinetti, en la obra citada previamente²⁷, después de reconstruir mi argumentación tal y como la articulé en otro lugar, me acusa de incurrir en una falacia que él denomina “la falacia del silogismo de correspondencia” que explicaría mis diferencias con Mir Puig (a pesar de compartir con éste último, según Sancinetti, teorías similares sobre la punición y el Estado). Este autor sostiene que mi razonamiento sigue la siguiente estructura: a) La ley debería aplicarse únicamente para prevenir acciones que son perjudiciales para la sociedad; b) la conducta punible debería ser alguna de aquéllas que la ley debe prevenir; c) así pues, la conducta punible en un caso concreto debería ser la que produce el daño que la ley busca prevenir. Sancinetti piensa que la conclusión no se deriva de las premisas ya que, cuando la ley opera para prevenir determinada conducta es todavía incierto si ésta producirá o no un perjuicio determinado a la sociedad. La ley interviene para prevenir lo que podría acabar por resultar, por ejemplo, una mera tentativa o un delito consumado. Así pues, discriminar entre ambos supuestos a la luz del proceso de prevención sería arbitrario.

He intentado resumir tan equitativamente como me ha sido posible la argumentación de Sancinetti pero de hecho me encuentro realmente desconcertado. Que el proceso de prevención cuando tiene éxito a la hora de desincentivar la comisión del delito opera de la misma manera tanto en el caso en el que el delito se produce sólo en grado de tentativa como cuando se consuma es obvio; sin embargo, esto no tiene nada que ver con mi argumentación en favor

²⁷ SANCINETTI, Marcelo: *op.cit.*, pp.79 y ss.

de la restricción de la punición a aquéllos actos que realmente causaron el daño que la ley buscaba prevenir, sin reemplazar el daño actual por la intención de causarlo. Parece que Sancinetti ha malinterpretado mi segunda premisa como si ésta dijera algo así: "la conducta punible debería ser una de aquéllas de cuya realización la ley podría haber disuadido al delincuente"; esto le habría conducido a pensar que, por supuesto, la ley podría haber disuadido de cometer una acción que en el caso de haberse llevado a cabo quizás podría haber sido insuficiente para completar la acción delictiva. Pero esto no es lo que significaba mi segunda premisa (sin embargo, Sancinetti recurre permanentemente a ello a pesar de su rechazo del argumento en favor del subjetivismo basado en la forma en que operan las normas del Derecho Penal). En su lugar, mi segunda premisa es que las únicas acciones que deberían ser penadas serían aquéllas que reúnen los elementos cuyo disvalor determina la emanación de la norma penal en cuestión para intentar prevenir que se materialicen; y que el grado de punición al que son sometidas determinadas acciones debería ser correlativo al grado de disvalor de los elementos de dichas acciones frente a cuya materialización la emanación de la ley penal intentó prevenir.

Pienso, por lo tanto, que mi argumentación, tal y como fue estructurada por Sancinetti pero con sus premisas correctamente interpretadas, es totalmente válida. Sin embargo, lo que la crítica de Sancinetti indirectamente subraya es la necesidad de fundamentar la segunda premisa, que a diferencia de la primera no se sostiene meramente en base a una postura antiperfeccionista. Pretendí fundamentar esa segunda premisa en el propio principio de protección prudencial de la sociedad, una vez aceptados determinados presupuestos de hecho. En general, para prevenir una clase de conductas basta con amenazar con el castigo únicamente a los miembros de aquélla clase y no a una clase más amplia, y de ser así, la ampliación de la clase de acciones punibles a esa clase más amplia violaría la exigencia de economía en la administración del castigo penal que, como vimos, estaba implícito en el principio de protección prudencial de la sociedad aceptado por las teorías preventivas de la pena. A veces, sin embargo, no es éste el caso: por ejemplo, algunos delitos apenas pueden prevenirse si el Estado no recurre a la trampa legal. Puesto que las acciones que en este caso se castigan penalmente no son las acciones que la ley buscaba prevenir, estamos ante un caso en el que no existe una coincidencia absoluta entre las acciones que se penan y aquéllas otras que exhiben los elementos cuyo disvalor provoca el que la ley busque prevenirlas.

En lo tocante al caso especial de las tentativas, debido precisamente a aquéllos elementos que Sancinetti subraya en mi contra -que aquél que va a cometer un crimen normalmente no quiere únicamente intentarlo sino com-

pletarlo-, no es necesario para desalentar al sujeto atribuir a la tentativa la misma pena que al delito consumado. Lo que el sujeto tiene en mente es la pena para el delito consumado. Así pues, sería claramente *anti-económico*, vulnerador por tanto del principio de protección prudencial de la sociedad, utilizar un grado de punición mayor cuando uno menor bastaría, puesto que el sujeto activo no presta atención a la pena de la tentativa sino a la del delito consumado. Sin embargo, no sería eficaz que la ley dejara las tentativas sin castigo penal pues entonces *ello* podría de hecho entrar dentro del cálculo del sujeto, que razonaría que merece la pena intentar cometer un delito concreto (el robo de un banco, por ejemplo), dado que si fallase, ello no tendría ninguna consecuencia para él. Por consiguiente, es completamente racional, desde el punto de vista del principio de la protección prudencial de la sociedad, castigar las tentativas con alguna pena, aunque menor que la asignada al delito consumado. Además, como la ignorancia sobre cuantos delitos podrían ser prevenidos a través de determinado castigo penal y cuantos se castigarían apoya la regla de experiencia que aconseja guardar una proporción entre el mal que implica cada pena y el mal implicado en cada delito en función de cuya prevención se impone aquélla -para quedarnos dentro de los límites del principio de la protección social-²⁸, existe una razón para hacer que el grado de las penas por tentativa sea equivalente al grado de *peligro* que éstas conllevan. Se parte de asumir que sufrir el peligro de un cierto perjuicio es menos malo que sufrir el perjuicio.

La misma consideración justifica el argumento de que las tentativas imposibles no deberían ser penadas. Punirlas no es necesario para prevenir los delitos consumados puesto que nadie quiere cometer una tentativa imposible, y todo el mundo que intenta un delito piensa como mínimo que es posible. En base a este último hecho, no existe necesidad alguna de penar con una pena la tentativa imposible: la perspectiva de acabar cometiendo una de estas tentativas no es una que el futuro sujeto activo del delito se represente y que entre en sus cálculos de costes y beneficios.

Cuando el sujeto activo piensa que su acto es antijurídico y, sin embargo, dicho acto está justificado porque sin saberlo el sujeto se está defendiendo a sí mismo, o evitando un mal mayor, o cumpliendo una ley de permiso que ignoraba, no debería ser castigado penalmente, puesto que dicho castigo es completamente anti-económico e infringiría el principio de protección prudencial de la sociedad: nadie que quiere cometer un delito se vería alentado a ello por

²⁸. Vid. mi respuesta a Larry ALEXANDER.

el hecho de que alguien fuera absuelto por ignorar algo que él mismo cree que no concurre en la presente situación.

¿Quiere ello decir que yo defiendo un enfoque *puramente* objetivo de la responsabilidad criminal, que haría a la gente responsable lo mismo por delitos intencionales que por delitos imprudentes, o incluso por hechos accidentales? Por supuesto que no. Una teoría meramente preventiva de la pena, basada únicamente en el principio de protección prudencial de la sociedad -por mucho que sea combinada con el principio de la autonomía personal- merece la crítica de adoptar una visión totalizante de la sociedad que ignora la cuestión de la distribución entre cargas y beneficios en su política de proteger a la sociedad frente a males mayores que aquéllos que ella misma causa. La acusación Kantiana a la mera justificación utilitaria de la pena, de usar a los hombres como meros instrumentos para el beneficio de otros, está completamente justificada, aunque el remedio no debería ser el retribucionismo de Kant, que implica un perfeccionismo que va en contra del núcleo de su filosofía política.

En otro lugar²⁹ he defendido una forma de completar la condición necesaria para justificar la punición basada en la protección social con otra condición necesaria que no implicaría ningún elemento de culpa y que legitimaría la distribución de males que la pena implica. Esto significaría confiar en el mismo principio por el cual la distribución de las cargas y los beneficios, incluso los desiguales, se justifica en el caso de los contratos, los matrimonios, la responsabilidad por daños, la representación política, etcetera, esto es, el *consentimiento* de la persona que sufre la carga en cuestión. Sucintamente, mi idea es que en el caso de un contrato, por ejemplo, no es necesario que el sujeto acepte la norma que hace de su voluntad una condición de determinada obligación o responsabilidad; en su lugar es necesario que la norma en cuestión sea justa y legítima. Tampoco es imprescindible en todo tipo de contratos que el sujeto lleve a cabo un determinado acto de habla, diciendo "consiento en tal y tal", muchos contratos se satisfacen con un consenso tácito pero real que únicamente requiere que el sujeto realice determinada clase de acto (por ejemplo, entrar en un autobús o en un taxi, pedir comida en un restaurante, levantar la mano en una subasta, coger algo de la estantería de un supermercado, etcetera), consciente del hecho de que dicho acto es el antecedente de una consecuencia normativa necesaria, que es una cierta obligación o responsabilidad (aquella de pagar, por ejemplo). Es crucial la idea de que el consentimiento en el caso de contratos, matrimonios, o cualquier otra institución que en dicho

²⁹. Vid. "A Consensual Theory of Punishment" en *Philosophy & Public Affairs* and *The Ethics of Human Rights*, cited, cap.8.

consentimiento se base, no exige que el sujeto desee que la consecuencia normativa le sea aplicada, ni siquiera que debiera pensar que probablemente se le aplicaría dicha consecuencia; basta con que el sujeto conozca que la consecuencia *normativa* constituida por la obligación o la responsabilidad, no aquélla otra fáctica constituida por su aplicación, es un resultado de su acción.

He mantenido que exactamente las mismas condiciones se dan en el Derecho Penal cuando se satisfacen determinados requisitos. Por supuesto, la norma que crea el delito debe ser justa, lo que significa que debe satisfacer el principio de protección prudencial de la sociedad, que debe respetar los derechos humanos básicos, que debió ser emanada por una fuente legítima, etcetera³⁰. Cuando esto es así, el problema de distribución al que las condiciones previas no hacen frente se salva por el hecho de que el sujeto consintió en asumir una cierta responsabilidad criminal al cometer voluntariamente un crimen sabiendo que tenía como consecuencia necesaria esa responsabilidad, cualquiera que fuera la actitud del sujeto hacia la aplicación fáctica de esa responsabilidad.

El consentimiento se basa, pues, en determinadas actitudes subjetivas -la voluntariedad del acto, el conocimiento de que de acuerdo con la ley ello implica un castigo- sin ninguna conexión con la culpa por los rasgos del carácter. Es exactamente lo mismo que ocurre en el caso del Derecho Civil: para determinar si el sujeto consintió en pagar una deuda y debe responder carece de relevancia analizar su carácter. Así pues, mi punto de vista evita la debilidad de la teoría de la prevención de la pena, que no puede justificar la aplicación de la pena a los individuos particulares y los trata como meros instrumentos, sin caer tampoco en una teoría retributiva de la pena que condu-

³⁰. DUFF, R.A. en *Trials & Punishments*, *op.cit.*, p.180, sigue a Hegel al pensar que la amenaza de castigo que implica la existencia del Derecho Penal debería estar justificada puesto que implica no tratar al sujeto de dicha amenaza con el respeto debido a un hombre libre; piensa que mi teoría consensual de la pena es imperfecta porque no proporciona dicha justificación. Pero esto es erróneo: la distinción entre amenazas y otras alternativas, como ofertas, depende de juicios de valor. Si el Derecho Penal es justo -como se asume aquí-, no implica ninguna amenaza, y no es percibido de esta manera por la gente que percibe su justicia. Lo mismo ocurre con un Derecho Civil justo que establece que yo puedo obtener aquello que quiero sólo si pago al dueño lo que quiere por ello (por supuesto, el Derecho Civil podría ser sumamente amenazante si fuera injusto; si, por ejemplo, me obligara a pagar a la gente por no dañarme con ruidos ensordecedores). Así pues, cuando hablamos de "amenazas" del Derecho Penal, deberíamos poner la palabra entre comillas, refiriéndonos al punto de vista del delincuente que presumiblemente no acepta el Derecho Penal justo.

ciría al perfeccionismo. Ambas alternativas son antiliberales: la primera por ser antiindividualista, y la segunda por ser perfeccionista.

En definitiva, mi aproximación a la responsabilidad criminal es objetiva sin caer en el abismo del puro objetivismo. Para ser castigados penalmente, los sujetos deben haber actuado voluntariamente, y deben haber conocido las características de sus actos que son tenidas como relevantes por la norma penal en cuestión; y todavía más, deben saber -tal y como requiere la moderna doctrina del derecho penal y el Código Penal alemán emanado en 1975- que la ley hace de los actos así descritos los antecedentes de ciertas penas³¹.

Resumiendo, a Peter se le debería aplicar una pena menor que a Sarah; Linda debería ser absuelta, tanto si Eric muere como si no; Robert debería ser penado por el intento de asesinato y el homicidio consumado de Richard, y ambos delitos deberían implicar separadamente una pena menor que el asesinato intencionado consumado; Mary debería ser absuelta; y también debería serlo Irwin.

³¹. Los delitos imprudentes presentan algún problema, ya que aparentemente estas condiciones no se pueden dar en relación con ellos. Sin embargo, yo he intentado defender que su antijuricidad -lo que la ley debería busca prevenir en relación con ellos- no viene dado por el daño que producen sino por el peligro de ese daño que el agente sabe que está provocando; la sujeción al castigo penal está ligado a ese peligro y no al daño (como en el caso de las tentativas), lo que justifica una pena menor que la correspondiente al delito intencionado; el requerimiento del daño actual es una condición objetiva no para la punibilidad del delito sino para aplicar dicha pena, puesto que proporciona una prueba sólida de que el peligro era alto y real. La imprudencia inconsciente no debería ser penada.